

Título: “CRITERIOS DE PROCEDENCIA Y LÍMITES EN LA TUTELA PROCESAL DE LOS VULNERABLES”

Comisión: **Derecho Procesal CIVIL. COMISION 1:** Tutelas diferenciadas en la reforma de 1994 (ambiente, consumo, personas en condición de vulnerabilidad, entre otros).

Autor: **Leandro Fabián Barusso**

-Abogado (UBA),

- Docente Cátedra Elementos de Derecho Procesal Civil y Comercial (UBA) a cargo de la Dra. Ángela Ledesma.

- Docente Cátedra Derecho Procesal Civil y Comercial (UNIVERSIDAD JOSÉ C. PAZ) a cargo del Dr. José María Salgado.

- Miembro del Ateneo de Estudios Procesales de la Ciudad de Buenos Aires “Lino E. Palacio”.

SUMARIO: I. Distinción entre tutela protectoria sustancial y procesal. II. Definición de los sujetos vulnerables. III. La vulnerabilidad relevante para el proceso: Propuesta de un doble “test”. IV. Técnicas orgánico - funcionales. V. Técnicas procesales diferenciadas. VI. Cierre.

Síntesis de la propuesta:

Se analiza en primer término la necesaria distinción metodológica entre la tutela sustancial de los sujetos considerados “vulnerables” y su tutela procesal, implicando esta última la adopción de técnicas orgánico-funcionales y técnicas procesales diferenciadas.

A la cuestión de cómo identificar a la parte de un proceso como vulnerable, se postula que no resulta suficiente la pertenencia del sujeto a una categoría subalternizada. Se propone un doble test contextual para determinar si resulta “vulnerable” y en consecuencia susceptible de un tratamiento diferenciado, en el marco del proceso judicial en que interviene.

Se da cuenta de algunos supuestos de técnicas orgánico-funcionales que se consideran precedentes y recomendables. Finalmente, se procede al análisis de algunos supuestos de técnicas procesales diferenciadas, estableciéndose las restricciones y límites que deben tenerse en cuenta, para que estos ajustes resulten compatibles con la defensa en juicio de la contraparte y el debido proceso legal .

Participa de los concursos: SI.

I. DISTINCIÓN ENTRE TUTELA PROTECTORIA SUSTANCIAL Y PROCESAL.

En muchos artículos de doctrina que promueven una tutela procesal diferenciada para sujetos procesales vulnerables, a menudo se confunde la tutela de tipo sustancial que proviene de los Tratados Internacionales o Leyes en la materia, con aquella estrictamente procesal, o sea la que tiene que ver con adaptaciones destinadas a facilitar el acceso a la justicia y/o con cierto grado de adaptabilidad de las formas procesales.

De esta manera, se postulan algunos precedentes jurisprudenciales como ejemplos de “tutela procesal diferenciada”, cuando en los mismos no se ha hecho otra cosa que aplicar soluciones de fondo que surgen de la legislación preexistente.

La mayoría de las disposiciones de las Convenciones Internacionales establecen la obligación para los Estados parte, de adoptar medidas legislativas, que prohíban y sancionen las formas de discriminación respecto de la categoría correspondiente, y como mandato destinado a los Poderes Ejecutivos de cada Estado parte o sea al Poder Administrador, el de promover medidas administrativas de carácter educativo y/o positivas antidiscriminatorias con carácter de políticas públicas.

La función jurisdiccional, por su parte, atiende la violación de derechos por parte de particulares o del Estado en perjuicio de personas en situaciones de vulnerabilidad. Las normas sustanciales proporcionan a los jueces en ciertos casos, reglas, y en otros, directrices, estándares o principios, con los cuales sancionar o reparar la violación de los derechos correspondientes.

Así, cuando un Juez/a del fuero del Trabajo le toca decidir en un caso en el cual se ha invocado violencia y/o acoso en el ámbito de trabajo, y utiliza esas figuras conceptuales para establecer una indemnización extrasistémica, o el reintegro del trabajador/a acosado/a, no está haciendo otra cosa que aplicar las soluciones de la ley de fondo. En ese caso el Convenio 190 de la OIT sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, o eventualmente la ley N° 23.592 contra actos discriminatorios.

En estas situaciones el Juez está simplemente aplicando la ley, sin que ello implique necesariamente una adaptación de formas procesales o la implementación de un dispositivo que implique una tutela procesal diferenciada.

Aunque al momento de definir el concepto de “tutela procesal diferenciada” existen un notable disenso en la doctrina nacional, resulta interesante tomar los apuntes de Berizonce¹, que se refería a la adopción de “*técnicas orgánico-funcionales*” y “*técnicas procesales*” como instituciones equilibradoras de las posiciones concretas de las partes en litigio, en aras a la efectividad de la tutela de derechos fundamentales, sin que ello implique la adopción “in totum” de un proceso especial diferenciado.

Pues bien, cuando en el ámbito del derecho procesal nos referimos a tutelas diferenciadas en relación a grupos o personas vulnerables, debemos entender que nos referimos a la adopción por parte del sistema de administración de justicia en forma general de “*técnicas orgánico – funcionales*”, y/o por parte de jueces o tribunales en casos particulares de “*técnicas procesales*” diferenciadas. Más adelante nos volveremos a referir a la naturaleza de estas técnicas y a supuestos concretos.

En este marco, la cuestiones objeto de debate serían: a) ¿Qué casos presentan una situación vulnerable que justifique la adopción de técnicas orgánico – funcionales, o procesales, diferenciadas? y en segundo término: b) ¿Cuál sería el alcance y límite de estas medidas para que no comprometan el derecho constitucional al debido proceso legal?

II. DEFINICIÓN DE LOS SUJETOS VULNERABLES.

¿Cuál es el concepto de persona o grupo vulnerable que resulta relevante para el proceso judicial?

Tradicionalmente se ha utilizado el criterio que pretende englobar las vulnerabilidades a partir de categorías de personas expuestas a mayor riesgo, calificándose como personas vulnerables a aquellas que por razones naturales, sociales, económicas o culturales comparten una situación estructural de desigualdad que las expone en mayor medida a ser pasibles

de una explotación o a sufrir una agresión física o moral. Este criterio, es el que habría dado lugar a la tipificación abstracta de ciertas categorías de vulnerabilidad como serían la de los niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad (art. 75, inc. 23, CN), extensivas también a comunidades indígenas, minorías, migración y desplazamiento interno, pobreza, género, etc. (Reglas de Brasilia), e incluso vinculadas con asuntos de vivienda, enfermedad, consumidor, ambiente, etc. (cfr. Cód. Civ. y Com.).

Estas categorizaciones resultan útiles, pero al mismo tiempo desarticulan el carácter flexible del concepto, y pueden estigmatizar.

Desde un punto de vista filosófico se ha cuestionado los problemas que ocasiona el enfoque basado en categorías. Como apunta Ursula Basset: “siempre subsiste el riesgo de reconocimiento (¿qué check list para pertenecer a la categoría y quién se atribuye el derecho de fijar los cánones de pertenencia a la clase?), la creación de estereotipos categoriales, el control social, la creación de una ética que, en lugar de fortalecer, desempodere, y la problemática de plantear la vulnerabilidad como una estructura opuesta a la resiliencia. La clase crea una superioridad para el que la enuncia: la tutela de “los vulnerables” (mujeres, niños, adultos mayores, pobres, personas con problemas de salud mental, poblaciones indígenas) subrepticamente crea la categoría de “ellos” (débiles, desafortunados, caídos en desgracia) y “nosotros” (fuertes, distintos, con capacidad de decisión)”ⁱⁱ.

De modo alternativo, se ha delineado la “vulnerabilidad” como un concepto *relacional y dinámico*. Las “*relaciones de vulnerabilidad*” serían relaciones en la cuales, en razón de su naturaleza, una de las partes se encuentra en posición de imponer condiciones a la contraparte, de modo que no hay una verdadera negociación con autonomía de la voluntad.

III. LA VULNERABILIDAD RELEVANTE PARA EL PROCESO. PROPUESTA DE UN DOBLE “TEST”.

Para evaluar la necesidad de una tutela procesal diferenciada, entendemos que hay que partir del carácter relacional y dinámico del concepto y en consecuencia, no es suficiente considerar si una de las partes

forma parte de una categoría subalternizada, para que ello de por sí amerite un tratamiento procesal diferenciado.

Proponemos dos “tests” a los cuales debería someterse cualquier pretensión de “ajuste” procesal motivado en la vulnerabilidad de una de las partes de un proceso:

a) Primer “test”.

La pertenencia de la parte a una categoría “vulnerable” tiene que estar relacionada con el conflicto que ha dado lugar al proceso judicial y su contexto.

La pertenencia a un grupo calificado como vulnerable no resulta relevante en cualquier caso, sino en tanto la pertenencia al mismo se relaciona con el conflicto concreto que motiva la tutela judicial.

Así por ejemplo: la condición de ser mujer, puede ser un indicio de vulnerabilidad en un caso de violencia familiar, pero carecer de relevancia en un conflicto a raíz de un accidente de tránsito, o en la ejecución de un crédito respecto una mujer que posee una solvente posición económica.

Del mismo modo, la pretensión de la preferencia en el cobro en el marco de una quiebra para una persona por el solo hecho de que el acreedor sea un menor, o una mujer, o un adulto mayor, no resulta atendible si no se acredita una situación asistencial relativa que amerite esa prelación prioritariaⁱⁱⁱ.

O sea que el primer estándar a considerar es: si en relación con la relación jurídica *sustancial* que motiva la tutela judicial, se constata una situación en la cual una de las partes se encuentra en posición de imponer condiciones a la contraparte, al punto de anular o neutralizar la autonomía o dignidad o integridad de la otra, provocando un impedimento para ejercer plenamente sus derechos.

b) Segundo “Test”:

A partir del establecimiento de esa vulnerabilidad contextual que tiene que ver con la relación *sustancial*, cabe ponderar un segundo estándar que tendría que ver con las repercusiones de esa vulnerabilidad *en el proceso judicial* y en consecuencia, con la necesidad de apartarse de las reglas procesales de carácter general, justificando excepciones a las mismas. Este requisito es ineludible, dado que la autorización para tales excepciones

puede implicar una tensión con respecto a principios cuya observancia se encuentra íntimamente relacionada con el debido proceso legal y el derecho a la defensa en juicio de la parte contraria.

Entendemos que para ameritar tal tutela diferenciada debe acreditarse que aquella vulnerabilidad de tipo estructural que afectó a la persona en relación a la relación sustancial, también “*incide negativamente sobre sus posibilidades de actuación en el proceso*”^{vi} de modo que provoca una merma defensiva vinculada a la tutela de derechos fundamentales, creando una desventaja comparativa en relación con la contraria^{vii}.

IV. TÉCNICAS ORGÁNICO- FUNCIONALES.

Estimamos procedente y recomendable establecer técnicas orgánico-funcionales diferenciadas. Dado que son medidas que se implementan en forma general, en este plano resulta válido basarse en las situaciones de vulnerabilidad estructural, o sea a las categorías a las que refieren los Tratados Internacionales.

En este plano se deberían utilizar como guía los preceptos de las *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*^{viii}

Dado que la extensión del presente trabajo no nos permite profundizar, nos limitaremos a enumerar solo algunos supuestos, tales como: a) **Asistencia técnico-jurídica de calidad y especializada:** La persona vulnerable a elegir su asistencia letrada. Sin embargo, en aquellos casos en los cuales las personas se encuentren en la imposibilidad de afrontar los gastos con sus propios recursos y condiciones^{ix}, el Estado debería proveer una asistencia gratuita especializada. b) **Información sobre sus derechos y los apoyos que puede recibir.** La Regla 26 de Brasilia establece que deben promoverse actuaciones destinadas a proporcionar información básica sobre sus derechos, así como los procedimientos y requisitos para garantizar un efectivo acceso a la justicia. Debe entenderse que esta función no puede ser razonablemente cumplida por los Juzgados, sino que debe encomendarse a Oficinas especializadas. c) **Protocolos de actuación.** Se ajusta a los objetivos de facilitar el acceso a la justicia, la creación de “Protocolos de actuación”, que contengan una serie de pautas y

reglas de conductas recomendables para orientar la actuación de los operadores judiciales. d) **Acceso gratuito.** e) **Lenguaje sencillo:** Medidas necesarias para reducir las dificultades de comunicación que afecten a la comprensión del acto judicial (art.58) Uso de términos y estructuras gramaticales simples y comprensibles (art.59) f) **Evitación de las revictimizaciones:** Debe que el daño sufrido por la víctima no se vea incrementado como consecuencia de su contacto con el sistema de justicia (victimización secundaria) (art.12) .

V. TÉCNICAS PROCESALES DIFERENCIADAS.

a) Procedimiento oficioso. Iniciativas probatorias de oficio.

Como guía normativa a nivel nacional debe considerarse los arts. 706 y 709 del CCyCN que establecen que en los procesos de familia el impulso procesal está a cargo del juez, quien puede ordenar pruebas oficiosamente.

Entendemos que además de los procesos de familia no patrimoniales, estaría también justificada esta iniciativa probatoria en otros casos en los cuales se encuentre involucrado el interés público y el proceso resulte compatible con la oficiosidad.

Parece plausible en este sentido la previsión del art. 43 inc. 7º del ACFCC que establece como un deber de los jueces el dictado de oficio o a pedido de parte, las medidas de protección de derechos respecto de personas en situación de vulnerabilidad o de niñas, niños, adolescentes, personas con capacidad restringida o incapaces.

Sin embargo, la aplicación de este principio no puede efectuarse indiscriminadamente, y su aplicación debe ser apreciada con carácter restrictivo en los casos contradictorios patrimoniales, dado que la iniciativa probatoria de los jueces puede afectar la garantía constitucional del contradictorio y en consecuencia el debido proceso, donde se ha organizado el mismo de acuerdo al sistema dispositivo, y al principio de contradicción.

Es por ello que el mismo art. 709 CCyCN establece que: “El impulso oficioso no procede en los asuntos de naturaleza exclusivamente económica en los que las partes sean personas capaces”.

b) Flexibilidad en la asignación de las cargas probatorias.

Las cargas probatorias dinámicas, que en nuestro medio resultaron

de la evolución jurisprudencial, hoy en día tienen un respaldo legislativo.

Podemos citar al respecto el art. 710 del CCyCN referido a los *procesos de familia* que establece una regla de distribución subjetiva de la carga probatoria según la cual la carga de la prueba recae, finalmente, en quien está en mejores condiciones de probar”^x, el art. 1735 CCyCN en el ámbito de la responsabilidad civil resarcitoria, el art. 53 de la ley 24.240 en el ámbito de las relaciones de consumo, que establece un deber de colaboración agravado del proveedor, o las regulaciones de las cargas probatorias dinámicas que algunos Códigos Procesales Provinciales han incluido en su articulado^{xi}.

En nuestra opinión, es válido el apartamiento de las reglas generales de la carga de la prueba en aquellos casos en los cuales la situación de vulnerabilidad se traduce en una dificultad probatoria palpable para la parte afectada, es decir, cuando el principio de igualdad procesal exige la intervención judicial para equilibrar una flagrante desigualdad en la posibilidad de acceso a la prueba, ya sea por razones fácticas, técnicas o económicas. Sin embargo, la aplicación debe restrictiva, sujeta a la acreditación de la mencionada dificultad y, como sostiene De los Santos: “sólo procede si existe actividad probatoria de la parte a quien su aplicación beneficia, aunque ella resulte insuficiente ya sea por las dificultades que plantea su producción en el caso concreto, por la falta de colaboración de la contraparte o por la existencia de conductas elusivas y de ocultamiento de las fuentes de prueba.”^{xii}

La Corte Suprema, en casos de discriminación, ha elaborado el estándar probatorio de las "categorías sospechosas"^{xiii}, estableciendo que para la parte que invoca un acto discriminatorio es suficiente con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia de la discriminación, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del acto violatorio, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación^{xiv}. A menudo este criterio es interpretado como una inversión de la carga probatoria.

Sin embargo, la Corte se ha ocupado de aclarar en el precedente “Pellicori”^{xv}, que este estándar no constituye una “inversión de la carga probatoria”, dado que para “quien tilda de discriminatorio a un acto pues, de ser esto controvertido, pesa sobre aquélla la carga de acreditar los hechos de los que verosímilmente se siga la configuración del motivo debatido”.

La sentencia so pretexto de dictarse en defensa del vulnerable no puede estar fundada únicamente en el déficit de carga probatoria de la parte demandada. Afectaría el debido proceso legal que se accediera a una verdadera inversión de la carga de la prueba fundada en la mera denuncia de una situación discriminatoria, sin la acreditación de un umbral mínimo de indicios que permitan hacer verosímil la existencia de la conducta discriminatoria denunciada.

Entendemos que este criterio es igualmente aplicable a cualquier caso en el cual corresponda la asignación de cargas probatorias dinámicas o deberes reforzados de colaboración.

c) Excepciones a las reglas generales del proceso.

El Anteproyecto de Código Procesal de Familias, Civil y Comercial para la provincia de Buenos Aires, establece la “Declaración de situación de vulnerabilidad”, declaración que se obtiene mediante un incidente a pedido de parte (art. 95).

Para la parte que ha obtenido tal declaración, el Anteproyecto establece una serie de excepciones a las reglas generales que favorecen a la parte declarada vulnerable. Enumeraremos algunas: a) Limita la prórroga de la competencia cuando sea en perjuicio de personas involucradas en relaciones de consumo o se trate de personas en situación de vulnerabilidad (art.2); b) Otorga la posibilidad de presentación de escritos sin firma de abogada o abogado, en situaciones de urgencia (art.119). c) Intimación expresa para la justificación de la inasistencia a las audiencias (art.197). d) Para la decisión de realizar en forma remota algunas audiencias que deben desarrollarse de manera presencial (art.198). e) Excepción a la perentoriedad de los plazos procesales en los casos previstos para vulnerables (art.229) f) la ampliación de plazos procesales para recursos e incidente de nulidad (art.230) g) La posibilidad del dictado de una medida cautelar por parte de un Juez incompetente (art.280) h) Un plazo adicional

para salvar la declaración de negligencia (art.410) i) Plazos ampliados para la declaración de la caducidad de la instancia. j) Intimación adicional a impulsar previo a la declaración de caducidad. (art.514), entre otros supuestos.

Estimamos que estas excepciones son procedentes cuando implican una adaptación de los procedimientos para facilitar la comunicación, la comprensión de los actos procesales o el acceso a la justicia, como en los casos de limitación de las prórrogas de competencia en determinadas materias, la adaptación a una audiencia virtual cuando exista dificultad de la parte vulnerable de movilizarse, o el dictado de una cautelar de oficio.

En cambio, no estamos de acuerdo con consagrar excepciones a la perentoriedad de los plazos, al otorgamiento de ampliaciones de plazos para interponer recursos, ampliación de los plazos para la caducidad de la instancia u oportunidades adicionales para salvar la negligencia de una prueba, recursos que no están al alcance de la contraparte.

Lo primero que hay que considerar al respecto es que la persona vulnerable actúa con un patrocinio letrado (de hecho, la necesidad de una *asistencia técnico-jurídica de calidad y especializada* es una de las técnicas orgánico funcionales que enumeramos previamente) ya sea particular, o del Ministerio Público, y en consecuencia es una responsabilidad de los profesionales a cargo interponer recursos en término o impulsar el proceso, como ocurre en cualquier tipo de proceso. Si el letrado/a actúa en representación, entonces ni siquiera requerirá de la firma de la parte vulnerable para apelar o para impulsar el proceso, salvo que se trate de actos personalísimos (para los cuales existen previsiones expresas de adaptabilidad en el mismo Anteproyecto).

En definitiva, este tipo de excepciones alteran el equilibrio procesal, la coherencia sistémica de un proceso y la previsibilidad de sus reglas de juego. Las ventajas comparativas que otorgan respecto de la contraparte son en realidad, ventajas otorgadas a *los letrados* de la parte vulnerable sobre los letrados de la contraria, estableciendo un doble estándar para la apreciación de su conducta profesional, según el carácter de la parte que patrocinen o representen, lo que a nuestro juicio resulta inaceptable. Esto se

agrava cuando la excepción se refiere a actos que no dependen de una participación personal de la parte vulnerable.

VI. CIERRE.

Existe recientemente en nuestro medio un loable esfuerzo en pos de una justicia con una cara más “humana” y más flexible, que considere las asimetrías extrajudiciales de las partes. Sin embargo, frecuentemente se canaliza en torno a categorías, “perspectivas” y soluciones favorables para la parte más desprotegida, sin que existan criterios claros sobre las condiciones de aplicabilidad de ajustes o adaptaciones procesales que en un proceso contradictorio pueden afectar el derecho de la contraparte al debido proceso adjetivo. De esta manera se habilita una discrecionalidad en el manejo de las formas procesales que escapa a un escrutinio racional.

El propósito del presente trabajo ha sido postular algunos criterios de admisibilidad para la procedencia de tutelas procesales diferenciadas y límites para su aplicación, en la esperanza de que puedan ser disparadores de un debate que debemos profundizar para construir una teoría de las adaptaciones procesales que supere las objeciones y problemas que apareja el mero voluntarismo.

- i BERIZONCE, Roberto O. Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas, Revista de Derecho Procesal 2008-2 Tutelas procesales diferenciadas, Rubinzal Culzoni Editores, 2008, p.35.
- ii BASSET, ÚRSULA C. Fallar con perspectiva de vulnerabilidad (o el riesgo de las categorías en el derecho antidiscriminatorio), RCCyC 2022 (diciembre), 5 Cita: TR LALEY AR/DOC/3111/2022
- iii CS, "Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia", s. 06/11/2018, Fallos 341:1511.
- iv Conforme art. 95 del del Anteproyecto de Código Procesal de Familias, Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires.
- v SAFI, LEANDRO K. Necesaria delimitación de la vulnerabilidad y de su tutela diferenciada, SJA 06/10/2021, 17 - Cita: TR LALEY AR/DOC/2606/2021
- vi Este es el criterio que, entendemos, acertadamente, adopta el art. 95 del Anteproyecto de Código Procesal de Familias, Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires.
- vii Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad fueron adoptadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en marzo de 2008.
- viii Hay que señalar que la Corte Suprema mediante la Acordada 5-2009 las ha incorporado.
- ix "REGLAS...", arts. 30 y 31
- x DE LOS SANTOS, Mabel Alicia, Las cargas probatorias dinámicas en el Código Civil y Comercial, LA LEY 21/12/2016, 21/12/2016, 1, Cita Online: AR/DOC/3752/2016)
- xi Los códigos procesales de Tierra del Fuego, La Pampa, Corrientes, Chaco, Santiago del Estero y San Juan han incluido en su normativa diversas regulaciones de las cargas probatorias dinámicas.
- xii DE LOS SANTOS, Mabel Alicia, Las cargas probatorias dinámicas en el Código Civil y Comercial, LA LEY 21/12/2016, 21/12/2016, 1, Cita Online: AR/DOC/3752/2016
- xiii MEDINA, Graciela, Vulnerabilidad, control de constitucionalidad y reglas de prueba. Las "categorías sospechosas": Una visión jurisprudencial, LA LEY 22/11/2016, 1 - LA LEY2016-F, 872. Cita: TR LALEY AR/DOC/3479/2016
- xiv La Corte ha utilizado este estándar en casos de discriminación en razón de la discapacidad, como en los casos "Almirón" (Fallos: 305:1489) y "Arenzon" (Fallos: 306:400) y asimismo en casos de discriminación laboral por el género, como el caso "Sisnero" (Fallos: 337:611), o "Pellicori"
- xv CS, P. 489. XLIV. Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ Amparo, 15/11/2011.